

## (論文内容の要旨)

今日の憲法学では、基本権条項は一般に「個人の人権を定めた（確認した）ものである」と理解されているが、他方で、基本権条項は「国家に対する禁止規範である」と述べられることも、しばしばある。しかし、この二つの理解の間には微妙な差異があり、この二つの捉え方は、通常は一致するが故にあまり問題とはならないが、第三者効力論や包括的基本権論においては分裂するのであり、まさにこの局面において両者の隠れていた差異が顕在化する。「防御権としての基本権論」の問題は、ここにある。

本論文は、このような問題意識から、第三者効力論や包括的基本権論といった問題に即して、「基本権を対国家的防御権として理解する」ということについて詳細な検討を加えるが、その内容は、防御権を「国家と社会の二元論」と対応させて捉える見解を検討する第一部と「国家に対する禁止規範である」という理解に純化するかたちで矛盾・相克を解消する方向性について検討を加える第二部に分かれる。

すなわち、「防御権実体論」と題する第一部は、いわゆる価値理論を議論の対象とし、防御権を「国家と社会の二元論」と対応させて捉える見解を検討する。その際、こうした二元論を否定する契機を「価値秩序としての憲法」「実体的価値としての基本権」という考え方に見出し、その考え方を批判的に吟味する。具体的には、戦後ドイツで通説的な「価値秩序としての憲法」という考え方に反対した代表的論者として、E・フォルストホフの見解を取り上げ、彼の批判に即して検討を加えていくという方法を採用している。

第一章は、わが憲法学で価値理論が通説的地位を占めることを述べ、第二章において、その鋭い批判を原理的に展開したフォルストホフが戦後憲法学界に巻き起こした幾つかの論争——例えば、措置法律論、憲法解釈方法論、法治国家と社会国家との関係など——を通じて、彼が批判の論拠とした法治国家論について検討を加える。その検討を経て、政治部門と裁判部門（法原理部門）を対置する観点から「立法・行政対司法」という対抗軸、又は法の定立と法の執行を対置する観点から「立法対行政・司法」という対抗軸によって議論するのが通常であるが、第三の視点として「立法・司法対行政」という対抗軸が有している法治国家的な意義を掘り起こす。その際、“*clausula rebus sic stantibus*”が重要な役割を果たすこと、それは現在の統治機構論及び憲法訴訟論にとって大きな意味を有することについても、併せて検討を加えている。

第三章では、「価値秩序としての憲法」という考え方の問題点について、「原理としての基本権」という見解を打ち出して、「価値としての基本権」論を再構成するかたちで通説的見解を維持しようとするR・アレクシーによる批判論の整理——哲学的批判・方法論的批判・ドグマティシユな批判——に依拠しつつ、彼自身の反論をも取り上げながら検討し、その結果、最も大きな問題は第三者効力論にあるという結論に到達する。そこで、第三者効力論の主唱者であるH・C・ニッパードイの見解や、「価値秩序としての憲法」という考え方を採用することによって第三者効力論のリーディング・ケースともなった有名なリュート判決について分析を加える。その結果、得られた結論は、リュート判決自体、政党違憲判決として知られるSRP判決（1952年）及びKPD判決（1956年）の参照を指示していたように、戦後ド

イツのボン基本法体制を特徴づけると言われる「憲法忠誠」と通底する思考がそこにあるのではないか、つまり第三者効力論とは、私人に対しても（価値としての）基本権を遵守せよと要求する見解ではないのか、というものである。

そうすると、憲法忠誠に否定的態度を取りながら価値秩序論を受け入れている日本憲法学の現状には、大きな矛盾があるのではないかも問題となるが、正しく第四章は、故芦部信喜教授に代表される現在の日本の通説に焦点を当て、既に「価値秩序」として憲法を捉えていること、ドイツ憲法一般に対する評価、とりわけ「ボン基本法体制」を特徴づける「たたかう民主制」に対する評価に変化が見られることを指摘し、これらに鑑みると、こうした憲法＝価値秩序論は、日本においても、「ドイツ特有」だという理由で退けるのではなく、受け入れる素地は既に十分にありうることを論じている。

以上の検討により、基本権条項は、「個人の人権を定めた（確認した）ものである」という理解と、「国家に対する禁止規範である」という理解との間の矛盾・相克を、前者の側面にウェイトを置いて解消しようとするのが第三者効力論の主眼である、にもかかわらず、多くの学説は、後者の側面——「近代立憲主義」的な憲法理解——にも拘りを見せているが故に明晰さを欠いていると考えられる、との視座を得ている。

これに対し、「防御権機能論」と題する第二部においては、逆に、もっぱら「国家に対する禁止規範である」という理解の側面のみ純化するかたちで矛盾・相克を解消する方向性について検討を加える。すなわち、对国家防衛権以上の機能を承認する場合は別として、少なくとも对国家防衛権としての機能を問題とする限り、基本権条項は「国家に対する禁止規範である」という理解の側面のみをもっぱら問題とし、国家による不合理な侵害を排除するという機能の集積（束）として基本権を理解すれば十分なのではないか、との主張を掲げるのが、第二部における基本的な方向性である。こうした観点から、第二部では主としてドイツ連邦基本法第二条を基に展開された一般的行為自由説について検討するが、その際、一般的行為自由説を採用しているドイツの判例を主たる検討対象としている。

すなわち、第一章では、法適用平等説を放棄した戦後の連邦憲法裁判所における平等論の判断枠組み——「恣意的取扱いの禁止」——や、人間の尊厳論に見られる考え方——「客体定式」：人間を単なる手段・客体として取り扱うことの禁止——を検討し、そこに「個人の権利の側からの思考」から「国家による取扱い方の側からの思考」へのアプローチの転換が見られることを重視する。こうした視座から、第二章以下では、一般的行為自由説における思考構造を捉え直そうとするが、そこにあるのは、保護範囲を積極的に画定することを諦め、平等が不合理な差別を排除するのと同様に、許されない侵害を排除していくという考え方である。

この点を詳細に論じた第三章を要約すると、「一般的行為自由（allgemeine Handlungsfreiheit）」は「介入・侵害からの一般的自由（allgemeine Eingriffsfreiheit）」に他ならない、という捉え方こそが適切であって、一般的行為自由説とは人格的利益説との対比で保護範囲のより広い見解であるという流布した捉え方は、一般的行為自由説の意義を十分に捉えていない、と評価される。つまり、一般的行為自由説の意義は、些末な自由までも広く保障するという点にあるのではなく、むしろ、保護範囲の積極的画定にかかわる問題を棚上げにして、憲法——憲法規定や法治国家原理を中心とする憲法原理——に適合した根拠なしに自由を侵害・制約されることはない、という一般原則を基本権化するという点、憲法に反する国家行為を排除するという点にこそ、その意義があるとするのである。

そして、その根底には、ドイツの憲法裁判所の本来の任務は「権利保障」よりもむしろ「憲法保障」である、という考え方がある。つまり、あくまでも国家（公権力）の行為が憲法に適合しているか否かが第一次的な問題なのであって、憲法に適合しない行為によって個人の自由が侵害されている場合には、憲法異議（憲法訴願）によってその違憲の行為を攻撃できるのである。一般的行為自由説のリーディング・ケースとされるエルフェス判決についても、第三者効力論のリーディング・ケースであるリュート判決についても、基本権保障の拡大――量的拡張と質的深化――という側面のみから理解されることが多いが、「個人の権利」に偏した捉え方をしない方がよいのではないかというのが、「防御権実体論」を取り扱った第一部とも共通する本論文の基本的主張である。

## (論文審査の結果の要旨)

本論文は、法治国家の「形式性」の論理を再評価するとともに、戦後ドイツにおける基本権論の思考構造をその出発点に遡って分析する作業を通じて、基本権総論として位置付けられる諸問題について、ドイツ国法学の影響を受けて形成された日本の支配的見解を厳しく吟味し、強靱な思考と堅確な構想の下に、基本権を対国家的防御権として再構成すべき必要を説いた注目すべき作品である。

そもそも、日本の戦後憲法学の特質をどこに見出すかは、それ自体、論争の対象になりうる。この点、本論文は、理論の体系化と再構成という視座から、日本の基本権論あるいは憲法訴訟論が、明治以来ドイツ法学の影響の下に構築されてきた既存の法体系・法ドグマティックとの連絡を欠いているという方法論上の問題に着目する。その上で、ドイツ憲法学の動向とその日本的受容のあり方を厳密な批判の俎上に載せた点に、本論文の第一の特色がある。

また、ドイツ及び日本では、とくに戦後的文脈の中で憲法を客観的価値秩序として語ることが多いが、本論文はその点にも留意し、基本権論において問題となる諸論点——平等原則の立法者拘束説・憲法改正限界論・第三者効力論・基本権保護義務論等——をそれぞれ個別に論ずるのではなく、むしろそれらの布置連関や関連性に着目する必要性を指摘する。そして、そこに貫流する実質的法治国家論とその基底にある「価値秩序としての憲法」という観念を受容した点にこそ、日本憲法学の根本的な問題性があることを鮮やかに描き出しており、この点に本論文の第二の特色があると言える。

こうした問題意識に立つとき、本論文が、戦後ドイツで通説化しつつあった「価値秩序としての憲法」論と厳しく対峙したE・フォルストホフの立論に仮託して、とくに基本権の第三者効力論を帰結する価値理論のもつ問題性を抉り出す論証作法をとることは、自然な流れである。その限りでは、シュミットから、フォルストホフ、ベッケンフェルデへと受け継がれる流れやその対抗関係にあるとされるスメント・シューレに馴れ親しんできたドイツ公法学の研究者にとっては、決して目新しい立論を含むものとは言えない。しかし、形式的法治国家論に依拠して展開される本論文の筆鋒は、必然的に、実質的法治国家論に傾斜してきた日本憲法学のメインストリーム——芦部信喜・樋口陽一・佐藤幸治など——の所論へと向かい、その憲法解釈方法にまで掘り下げた検討がなされている。そして、とくに価値理論を背景に私人間効力論とともに憲法改正限界論を説くこれらの学説が、「たたかう民主制」と「憲法忠誠」には一転して批判的になるという構図を明らかにし、ここに戦後憲法学の抱えるアンビバレントな構造を見出した眼識には確かなものがあり、本論文の第三の特色を形づくっている。

さらに、本論文は、基本権論それ自体としても、人権の基礎付け論など、人権を個人の主観的利益として実体的に捉える考え方を批判し、基本権を徹底して機能化し、国家の側に国家行為の合理性・正当性の論証を広く求めるものとして理解すべきだと主張する。その論旨は、基礎となる方法論的背景を明示していることも相俟って、きわめて明快であり、本論文の第四の特色を見出すことができる。

こうした思考を前提として、より具体的には、例えば、憲法13条の解釈について、いわゆる一般的行為自由説は、同条の保障範囲を積極的に画定せず、むしろ憲法等の合理的根拠なしには国家は国民の自由を侵害・制約できないという一般原理を基本権化したものと再構成することで初めてその意義と姿を現すと指摘

し、保障範囲を広めることによって反って人権保障を希薄化するといった一般に流布した批判を斥ける。また、価値理論において当然視される基本権の第三者効力論も、国家に課せられた禁止規範をさながら私人に課すものと評価し、国家とは異なって原則的に自由であるはずの私人に合理性の要求を突きつけ、義務づけるものとして斥けるなど、具体的な憲法解釈においても注目すべき立論を行っていると言えよう。

もっとも、本論文の出発点となるわが国の通説的見解の理解については、価値的憲法論に与したと断定された芦部信喜博士の場合でも、価値秩序としての憲法という構想に対しては概ね懐疑的な態度で接してきたとし、その構想は人権の私人間効力論に関連して採用されたに留まるとする指摘もあり（石川健治）、なお留保が必要かもしれない。また、本論文の射程についても、いわばネガティブ・アプローチを基礎とする基本権論を前提とする場合、憲法論の中心的課題は、国家権力の構成と国家機関間の権限分配の問題に移らざるをえないが、現段階では、平等原則と憲法訴訟論との関わりなどを除いて、基本権論と統治機構論との具体的連関が示されていない。

しかし、これらの点に限界があることは本論文の最後で率直に語られており、むしろ今後の研究成果に俟つべきものであろう。同様の問題関心の下に基本権論の基本構造に犀利な分析を加える論考は他にも見られないわけではないが、本論文は、それらに見られるある種の韜晦さを取り去った、愚直なまでの真摯な問いかけを身上としており、わが学界に多大の貢献をもたらすことに疑いの余地はない。

以上の理由により、本論文は博士（法学）の学位を授与するに相応しいものと認められる。

なお、平成 20 年 11 月 28 日に調査委員 3 名が論文内容とそれに関連した試問を行った結果、合格と認めた。